LIII.

DISPUTATIO JURIDICA INAUGURALIS

DE

CONCURSU ACTIONUM,

Quam

DIVINA FAVENTE GRATIA

EX DECRETO ET AUTORITATE

Magnifici atque Nobilissimi JCtorum Ordinis in Illustri Salana,

PRÆSIDE

VIRO

NOBILISSIMO, AMPLISSIMO, CONSULTISSIMO ET EXCELLENTISSIMO,

DN. JOH. VOLK. Bechmann/

JCto & Antecessore hujus Academiæ longè celeberrimo, Consiliario Saxonico, Curiæ Provincialis, Facultatis Juridicæ & Scabinatus Assessore gravissimo, h. t. Decano spectatissimo,

Dn. Præceptore ac Promotore suo devenerando,

PRO LICENTIA

Summos in Utroque Jure Honores ac Privilegia Doctoralia ritè ac legitimè capessendi,

Publico & solenni Examini subjicit

Friederich Andreas Eggelingk/

CELLENSIS.

In Auditorio JCtorum

Ad d. XXIX. Aug.

Horis ante- & pomeridianis.

JENÆ,

Typis JOHANNIS NISII, ANNO M. DC. LXII.



SERENISSIMO AC CELSISSIMO PRINCIPI, AC DOMINO,

DN.

CHRISTIANO LUDOVICO,

DUCI BRUNSVICENSIUM AC LUNEBURGENSIUM,

DOMINO MEO CLEMENTISSIMO,

QVod ſub Auguſtisſimo Nomine Tuo, SERENISSIME PRINCEPS, exiguas haſce pagellas publicare & in lucem emittere auſus fue-

ſuerim, ne velit SERENISS. CELSIT. T. de iſthoc conatu meo inclementius opinari. Ipſa enim me juſſit naturalis obligatio ac ſumma civium ſubjectio, quam civis debeo. Svaſit quoque inſignis ac plane ſingularis SERENISS. CELSIT. T. Benignitas atque Clementia, qua inter cæteras virtutes Heroicas ſupra ſortem mortalium elata, hactenus omnes eos ſumma cum laude proſecuta eſt, qui in ſtudiis operæ aliquid poſuere, ut Reipubl. aliquando ſint utiles. Imo multo maxime audaciorem me reddiderunt innumera beneficia, quibus beatus Parens meus per dimidium ferme ſeculum à tota SERENISSIMA Domo Brunſv. & Luneburg. imprimis vero à Tua SERENISS. CELSITUD. clementer affectus eſt. Nec enim illa patiuntur etiam hac ætate me immemorem aut ingratum iſthæc ſilere, ſed protrudunt,

quaſi

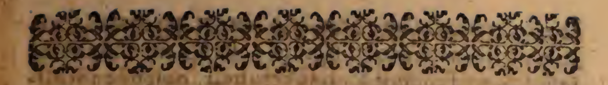
quaſi in publicam confeſſionem. Suſcipe igitur CELSISSIME PRINCEPS hoc qualecunq; ſpecimen devotisſimi ſubditi, vultu Serenisſimo, aſpice animum, neglecto operis valore, ad exemplum Perſarum Regis Artaxerxis, qui tanta morum facilitate & liberalitate, in eosque quibus ipſe daret, & à quibus acciperet beneficia, humanitate & benevolentia fuit, ut nullum adeo parvum & contemtum ad illum allatum ſit munus, quin id promto animo & Clementia Rege digna acceperit. Fateor equidem hanc Diſputationem Te tanto Principe eſſe indignam, verum magnitudo inſignis Tuæ Clementiæ erga omnes litterarum cultores, facile illius tenuitatem ſublevabit, qua ut me quoque, meaque ſtudia, quæ SERENISS. Domui Brunſv. & Luneburg. jam diu conſecravi, Clementisſime proſequi dignetur

tur, quanta possum animi subjectione oro & obtestor. Deus Te, SERENISSIME PRINCEPS, cum tota SERENISS. Familia patriæ bono diutissime servet & perennem atque inconcussam VOBIS præstet felicitatem. Hoc precor, hoc voveo ex Inclyta Academia Salana. XIV. Kalend. Septemb. Anno CIↃ IↃ C LXII.

SERENISSIMÆ CELSITUDINIS TUÆ

Subjectissimus & Obsequentissimus

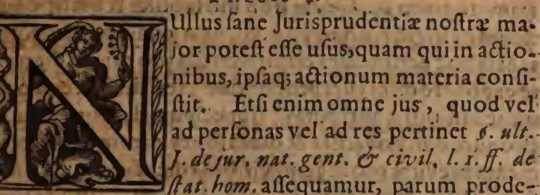
Friederich Andreas Eggelinge.



AUSPICE CHRISTO.

DISPUTATIONIS INAUGURALIS DE CONCURSU ACTIONUM

THESIS I.



Nullus sane Jurisprudentiæ nostræ major potest esse usus, quam qui in actionibus, ipsaq; actionum materia consistit. Etsi enim omne jus, quod vel ad personas vel ad res pertinet *§. ult. J. de jur. nat. gent. & civil. l. 1. ff. de stat. hom.* assequamur, parum proderit, nisi & acquirendi rationem, quæ actionibus maxime computatur, habeamus, quia in illis continetur quasi executio quædam omnium superiorum, & per eas ad finem juris, qui est suum cuique tribuere, pervenitur. Nam si quis ultro & bona cum gratia suum consequi non potest, (ut fere per hominum improbitatem & avaritiam non possumus) nulla est alia via, nulla ratio, qua ad id perveniat, quam per actiones & judicia, quæ proinde in invitum reddi dicuntur *l. 83. §. 1. ff. de V. O.*

II.

Cum igitur tota actionum materia plane sit aurea, eminet in illa, tanquam pretiosissima gemma in auro aspera; sed longe utilissima de Concursu Actionum materia, quam Hotoman. *quæst. illust. 29.* arduam, multiplicem

cem & confragosam vocat, imo omnes, qui materiei nostræ mentionem modo faciunt, statim de difficultate ipsius aliquid addunt & conqueruntur, quippe cum diffusa sit per totum Jus Civile, omnium legalium difficultatum controversiarumque copiosissimus hic est concursus, ideoque merito inter omnes alios juris tractatus facile principem locum obtinere potest. Hunc itaque spatiosissimum campum & intricatam disputandi materiam, ad quam *Bachovius* non nisi subtiles requirit cogitationes, ingredi non dubitavi, non quasi omnes tot & tantas huc pertinentes controversias pro earum dignitate exponere mihi esset propositum, sed sufficere pro ratione instituti nostri putavi, si præcipuas de Concursu Actionum controversias & quæstiones earumque fundamenta breviter pro ingenii viribus ostenderem, & ad disputandum, more recepto, proponerem. Priusquam autem ad ipsam materiam accedam, quædam dicenda erunt de vocabulis hujus Disputationis.

III.

Facile autem apparet vocabulum concurrere esse generale, quod non solum actionibus, verum etiam personis & rebus tribuitur. Sic concurrere dicuntur creditores circa unum debitorem *l. 7. ff. qui potior. in pign* & concursu partes fieri dicuntur in legatis, cum testator duobus pluribusve legatariis rem eandem ita legavit, ut iis non distincte ac separatim partes certas attribueret, sed potius rem solidam relinquere videretur *l. 80. de legat 3.* Res vero concurrere dicuntur *§. 6. J. de legat. §. ult. J si quadrup. paup. fec. dic. l. 32. l. 34. l. 41. §. 1. l. 53. ff de O. & A. l. 2. ff. de privat. delict.* quas acceptiones autem hic non curamus, sed solum eam, quæ est de Actionibus

l. 34.

l.34.l.60.ff.de O.& A. Actionis autem vocabulum latiſſime patet, adeo ut comprehendat tam civiles, quam criminales actiones *l. unic. C. quando civil. act. crim. praejud.* late vero ſumta actio, dicitur tantum de civilibus *l. 37. ff. de O. & A.* quam ſignificationem & nos hic intelligimus, quamvis non ſit alienum à noſtro inſtituto, oſtendere, quomodo actio civilis & criminalis concurrere poſſit, qua de re inferius. In lata ſignificatione itaque definiri ſolet; quod ſit jus proſequendi in judicio, quod ſibi debetur *§.1.I.de Action.l.51.I.ff.de O.& A.* qua definitione excluduntur exceptiones, quas etiam nos ab hac materia removemus. Exceptio enim eſt actionis excluſio *l.2.l.22.ff.de except.* qua nihil petimus, ſed tantum nos defendimus, & propterea exceptiones dantur reis, non ut perſequantur, ſed ut ſe contra actores defendant. Et quamvis quaedam exceptiones ſe inſtar actionum habeant, quia per modum actionis inſtitui poſſunt, nequaquam tamen ſunt actiones, cum potius per implorationem officii, quam actionis jure inſtituantur, quod & Paulus JCtus in *l. 8. §. 1. de V. S.* affirmat. vid. Johann. Goedd. *ad h. l. n. 4.* Bronchorſt. *cent. 4. aſſ. 26.* Jam vero ad rem ipſam.

IV.

Etſi quidem Jure Romano certae & diſtinctae actionum ſint cauſae, & quaelibet actio peculiarem habeat naturam *l.6.ff.de except. rei jud. l.5.ff. eod. l.53. ff. de O.& A. l.43. de R. J. l. 4. §. 2. in fin. ff. de noxal. action. l. 9.* §. *1. ff. de tribut. action. l. ult. C. de furt.* §. *16. verſ. ſed noſtra. J. de oblig. quae ex del.* tamen contingere poteſt, ut actiones plures concurrant, ſive plures, uni ad unum negotium quadam ratione ſpectantes, contra eundem compe-

tant actiones. Et quamvis in juris Justinianei libris, nullus peculiaris & proprius de Concursu Actionum tractatus vel titulus inveniatur, ex diversis tamen JCtorum fragmentis satis apparet, illam juris partem de Concursu, veteribus JCtis non modo non incognitam fuisse, sed etiam Paulum JC. librum singularem de hac materia conscripsisse, uti constat ex inscriptione *l.34.ff. de O. & A. l.88.ff. de furt.*

V.

Est igitur Concursus Actionum nihil aliud, quam cum duæ pluresve actiones, eidem actori adversus eundem reum, circa eandem rem competunt, ex una vel diversis causis *l. 10. ff. de action. emt. l.56. ff. de furt. l. 19. l. 29. l.34. l.53. ff. de O. & A. l.9. §.1. ff. de tribut. action. l.25. §.5. ff. locat. conduct. l. 21. §. 1. ff. de fidejuss. l. 13. ff. de duob. reis constit. l. 76. §. 1. ff. de furt. l. 130. de R. J.*

VI.

Diximus concurrere actiones ita, ut dentur circa eandem rem: Res, dictio, varias in jure habet significationes, nonnunquam significat negotium, materiam, quæstionem, ut apud Paulum JC. in *l.38. §.5. ff. de pœn.* interdum æquum & bonum *l. 1. §.3. ff. ad L. Cornel. de sicar.* aliquando conditionem, quandoque pro bonis ponitur *l.35. §.3. ff. de hered. instit.* sæpius pro hæreditate *l. 12. ff. de injust. rupt. irr. testam. l. 1. §. pen. l. 8. ff. si tabb. test null. extab. l 2. §.8. ad SCt. Tertull. l.83. ff. de acquir. vel omitt. hered. l.4. §. ult. ff. de fideic. libert.* nonnunquam proprietatem *l. 6. ff. de R. V.* aliquando dominium *l. 52. ff. de acquir. rer. domin.* interdum contractum *l. 1. ff. de R. C.* Item crimen *l. 13. ff. de bonor. poss.* pœnam *l. 2. ff. de pœn.* Propter hanc varietatem misere sese torquent inter-

ter-

terpretes, in explicandis verbis: circa eandem rem, vel ut Gothof. Fibig. *de concurs. action. sect. 2. n. 8.* de eadem re, aut de eadem pecunia *l. 60. ff. de O. & A.* quam lectionem *d. l. 60.* Hotoman. *quæst. illustr. 29.* corrigendam esse putat, & pro pecunia, verbum peccati substituere conatur. Sed nullam inducit contrarietatem, si lectionem illam retineamus. Nam pecuniæ vocabulum tribus modis in jure accipitur: primo pro pecunia numerata, de qua sunt exempla ubivis obvia, eoque modo pecuniam in venditione exigimus. Secundo pecunia eas duntaxat res continet, quas Paulus in *l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* in suo genere ait recipere functionem, i. e. quæ pondere, numero vel mensura constant, eodem modo & Ulpianus pecunias in hac scriptura, quas pecunias legavit, interpretatur de iis omnibus, quæ pondere, numero, mensurave constant *l. 30. ff. de legat. 1.* Tertio refertur ad ea omnia, quæ sunt in patrimonio *l. 5. ff. de V. S.* sive res sint corporales sive incorporales, sive mobiles sive immobiles *l. 178. l. 222. ff. de V. S.* Facit huc apprime Aristot. locus, *l. 4. Ethic. c. 1. in pr. pecunias appellamus res eas omnes, quarum nummo æstimatio ponderatur.* Relicta itaque aliorum sententia, illis verbis non requirimus, ut eadem omnino res petatur, sed ut circa idem objectum, seu circa eandem rem seu factum, vel saltem occasione ejusdem rei & facti actiones plures competant. Sic circa verbera illata, duæ concurrunt actiones, scil. actio L. Aquiliæ, qua agitur de ipso damno, & actio injuriarum, qua agitur de injuria sive contumelia per verbera illata *l. 34. ff. de O. & A.* Item qui hominem surripuit & occidit, quia surripuit, furti, quia occidit, Aquilia tenetur *l. 2. §. 1. ff. de privat. del. l. 27. ff. ad*

L. Aquil. Si vero circa eandem rem non competant, licet uni contra eundem, non eſt concurſus, e. g. ſi quis contra eundem actionem habeat propter depoſitum annulum pretioſum, & ex mutuo ob credita centum, nullus hic poteſt dici concurſus actionum, quia non verſatur circa eandem rem, quod tamen neceſſario requiritur. vid. Dn. Struv. *Syntag. Jurispr. Exerc. 46. th. 89.*

VII.

Non ſolum autem ſufficit eſſe unam eandemque rem, niſi etiam eadem ſit actoris eadem rei perſona, inter quas actionibus illis diſceptetur. Nam ſi circa eandem rem quidem plures competant actiones, ſed contra diverſas perſonas, tunc non eſt concurſus ſtricte ita dictus. e. g. Furtum Cajus fecit Sempronio, Titius Cajo rem iſtam iterum ſurripuit, agit dominus contra utrumque actione furti, nec tamen concurrere dicuntur actiones. *l. 76. §. 1. ff. de furt.*

VIII.

Concurſus verò actionum eſt vel Electivus, vel Cumulativus: Electivus eſt, quarum tantum una exercita conſumit cæteras *l. 43. de R. J. l. 27. §. 11. ff. ad L. Aquil. l. 38. §. 1. l. 50. ff. pro ſocio. l. 14. §. 13. ff. quod metus cauſſ. l. 25. §. 5. l. 43. ff. locat. cond. l. 34. ff. de O. & A. l. ult. C. de Codicill.* Cumulativus iterum eſt vel Succedaneus, quo actionum altera in judicium deducta, altera nihilominus ſupereſt, nec per illam in judicium deductam conſumitur *l. 43. l. 45. ff. pro ſocio. l. 130. de R. J. §. ult. J. ſi quadrup. paup. fec. dic. l. 18. l. 32. l. 34. ff. de O. & A. l. 7. §. 1. ff. de condict. furtiv. l. 10. ff. de action. emt. §. 8. I. de obligat. quæ ex del. naſc.* vel Simultaneus, qui eſt actionum compatibilium in uno judicio, ſimul & uno libello conjungendarum coacervata editio *l. 34. pr. ff. de O. & A. l. 1.*

ff. arb.

ff. arb. furt. caes. l. 2. §. pen. ff. de priv. del. l. 5. §. 1. ff. ad L. Aquil. vid. Dn. Strauch. *dissert. Justin. 23. th. 9.* Gothof. Fibig. *de concurs. action. sect. 3. n. 1. & seqq.*

IX.

Præter illa autem quæ *Hilliger* adversus concursum electivum disputat, de quibus paulo post, à nonnullis etiam objici solet, quod valde iniquum sit ullam actionem tolli per alteram, cum actor non obtinuerit, neque enim liberatur debitor, nisi satisfactione. Sed nulla subest hic iniquitas, nam cum actor non obtinet, creditur, illum non habuisse justam causam. Instant vero: Si forte actor minus idoneam elegerit actionem, hic error juris non debet ipsi nocere *l. 7. l. 8. ff. de jur. & fact. ignor.* Verum non nocet hic juris ignorantia, sed quod victus una actione secundum naturam istius actionis, lege tributam, non possit alteram instituere. Neque etiam ad rem facit *l. 32. pr. vers. sed si licet ff. de pecul.* non enim agitur ibi de actionibus hoc primo modo concurrentibus, sed plane alius casus tractatur, quando nim. si unus ex pluribus conveniatur, reliqui liberentur vel non. vid. Dn. Struv. *Syntag. Jurispr. Exerc. 46. th. 90.*

X.

Simili modo & reliquæ duæ species impugnari possunt, & quidem concursus succedaneus, quod non liceat variare post electionem semel institutam *l. 5. l. 84. §. 9. ff. de legat. 1. l. 4. § 2. ff. de L. commiss. l. 4. C. de pact. inter emt. & vend. l. fin. C. de Codicill.* Sed hoc demum verum est, ubi alterutrum eligendum, ibi enim non licet variare, hæ vero actiones, quarum altera plus, altera minus continet, habent se subordinate, ut scil. altera exstingvat alteram in eo tantum, quod jam ex altera sum consecu-

secutus. Neque hæc ratio est sufficiens, quæ adversus concursum simultaneum affertur, quod oporteat esse finis litium, nec debeat processus multiplicari *l. 1. ff. de usucap. l. 6. ff. de except. rei jud.* Nam non multiplicantur lites, quando quis agit actionibus sibi jure competentibus. Parum etiam obstat *l. 1. §. 4. ff. quod legator.* quia ibi non agitur de actionibus vere simul competentibus & concurrentibus, sed de casu, quo incertum est, quænam actio competat. Denique non erit contra bonam fidem, si actiones simultanee cumulentur, & ita quasi bis idem exigatur *l. 57. de R. I. l. 26. ff. de pecul. l. 51. §. 1. ff. de re judic.* Non enim idem bis exigitur, sed actiones ejusmodi tendunt ad diversa, uti infra patebit.

XI.

Cæterum concursum electivum *Hilliger ad Donell. enucleat. l. 21. c. 3.* acriter impugnat, & ipsam vim ac potestatem vocabuli concurrere, quod non nisi de duobus vel pluribus simul concurrentibus, & quæ conjunctim habentur, prædicetur, repugnare dicit, quo minus illas actiones concurrere dicantur, ubi enim est electio, ibi non potest esse concursus, sed una actio, & quæ actiones alternatim competunt, non concurrunt. Posita enim, inquit, electione tali, negatur concursus, concursus namque plures actiones exerceri posse arguit. Verum minus recte urget vim vocabuli concurrere, cum nihil aliud inde evicerit, quam quod τὸ concurrere prædicetur de rebus pluribus simul concurrentibus, & quæ conjunctim habentur, non verò quasi illis actionibus, quarum utraque ab initio competit, & una demum electa, quis in judicio experiri potest, denegetur concursus. Quod enim in *l. 14. pr. ff. de except. rei jud.* hæc tria: rem,

cau-

causam petendi & personas easdem concurrere debere dicatur, illud non fit ex potestate vocabuli concursus, sed ex natura ipsius exceptionis rei judicatæ, de cujus essentia est, ut tria hæc concurrant, alias enim non habet locum. Aliud vero est in concursu actionum, quæ rectissime concurrere dicuntur, quando duæ actiones ab initio competunt, & una tandem electa, quis in judicio agit, idque satis apparet ex *l. 34. ff. de O. & A. l. 88. ff. de furt.* Eadem est ratio reliquorum argumentorum, unicum enim hoc probant, illas actiones, quarum & hæc & illa intentari potest, concurrere, quod nos in dubium non vocamus. vid. Gothofred. Eibig. *tract. de concurs. action. sect. 3. n. 5. & seqq.*

XII.

Hactenus in genere de concursu actionum egimus, ut vero in specie sciamus, quænam actiones & quomodo actionum genera concurrant, sequemur vestigia Doctorum & regulas quasdam generales formabimus, in quibus quoad fieri poterit, præsentem materiam includemus, idque ductu *§. 16. J. de action.* ubi actiones vel sunt rei persecutoriæ, vel pœnales vel mixtæ. Actiones rei persecutoriæ sunt: qua persequimur id, quod ex patrimonio nostro abest, vel nostra interest *l. 35. ff. de O. & A.* Abest autem vel quod è re nostra penes alium est, vel quod nobis ab alio debetur, illud actione in rem petimus, hoc actione in personam. Pœnales, quibus pœnam aliquam maleficiis à legibus propositam petimus, quæ tamen non pertinent ad exigendas pœnas criminum, quia de his publica instituuntur judicia & actiones, sed tantum ad pœnas debitorum privatorum. vid. Rittersh. *ad §. 18. I. de action.* Harpprecht. *ad §. 16. J. h. t. n. 4.*

Mix-

Mixtæ sunt, quibus partim rem, sive quod nobis seu nostro patrimonio abest, partim pœnam persequimur, vel alio respectu mixtæ dicuntur, in quibus uterque actor est *l.37.§.1 ff.de O.& A.*

XIII.

Concurrunt itaque vel mere rei persecutoriæ solæ, vel pœnales solæ, vel pœnales cum persecutoriis, vel mixtæ solæ, vel mixtæ cum persecutoriis rei, vel mixtæ cum pœnalibus, in quibus omnibus, diversa jura obtinent.

XIV.

Regula I. *Si* concurrant actiones mere rei persecutoriæ ex una eademque causa, altera alteram tollit, & una tantum licet experiri. *l. 43. §. 1. de R.I. l.34. l.53. ff. de O. & A. l.38. §. 1. ff. pro soc. l. 9. §. 1. ff. de tribut. action.* quod enim semel nostrum factum est, amplius nostrum fieri non potest, & ut bis idem exigatur, bona fides non patitur *l.3. §.4. ff. de acquir. vel amitt. poss. l.57. de R.I.* Sic quando quis cum servo, qui negotiatur in merce peculiari, contrahit, concurrunt actio de peculio & tributoria, quarum una electa ad aliam regressus non datur *l. 9. §. 1. ff. de tribut. action.* Ita etiam in tutela, ex una causa & obligatione duas actiones nasci constat, & ideo si tutelæ fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, sive contra, tutela actio quoad istam speciem peremta est *l. 1. §. 21. ff. de tut. & ration. distrah.* Similiter, si mihi tecum societas sit, & res ex societate communes, & quam impensam in eam fecero, quosque fructus ex his rebus perceperis, vel pro socio vel communi dividundo actione consequar & altera actione alteram tolli Proculus ait in *l.38. §.1. ff. pro soc.* vid. Bronchorst. *cent.4. ass.35.*

aff.35. Franc. Duaren tit. de O & A. c. 7. Anton. Gabriel. Rom. lib. 2 comm. conclus. tit. de action. concl. 1. Christoph. Sturc. ad l. 43. §. fin de R. I. n. 4.

XV.

Concurrit etiam aliquando cum actione pro socio, actio ex emto vendito, ita scil. ut quis, utram instituere velit, eligere possit, nimirum cum societas ad emendum coieretur & conveniret, ut unus reliquis nundinas, i. e. empolas sivo merces, quibus nundinæ aguntur, præstaret seu emeret, eosque post emtas merces à negotio sive societate inita dimitteret, tradendo nimirum partem mercium, quæ cuilibet sociorum obvenit, & suam portionem retinendo: hanc conventionem si non servet, & merces non solvat sive præstet, vel actione pro socio agi potest, vel ex vendito, quia scilicet pretium solverunt alteri, ut mercem ipsis traderet *l. 69. ff. pro socio.* vid. Dn. Struv. *Syntag. Jurisp. Exerc. 22. th. 39.*

XVI.

Tollit autem una actio alteram vel ipso jure, vel per exceptionem *l. 34. §. 1. ff. de O. & A.* Ipso jure, si prior actio sit stricti juris & posterior bonæ fidei, quia exceptiones doli insunt bonæ fidei judiciis *l. 84. §. 5. ff. de legat. 1, l. 21. in fin. ff. solut. matrim.* Per exceptionem, si prior actio sit bonæ fidei & posterior stricti juris *l. 28. ff. de act. emt. l. 71. ff. de furt.* exceptiones enim doli non insunt judiciis strictis, sed necesse est eas opponi *l. 14. §. 13. ff. quod met. caus. gest.* idque per ipsam litis contestationem, non demum per sententiam, quemadmodum Donell. *l. 21. c. 3. lit. h.* vult. vid. Dn. Strauch. *Diss. Justin. 23. th. 10.* Aliter sese res habet, quoties dubitatur, utra actio competat *l. 1. §. 4. ff. quod legator.* aut quoties in actione

C altera

altera qua non est actum, quid amplius est, vel quid peti possit, cujus ante non est facta mentio, tunc altera alteram non tollit, sed solum in eo in quo concurrunt *l. 43. l. 47. ff. pro socio. l. 28. ff. de action. emt. l 34. §. 2. l. 41. §. 1. ff. de O. & A.* Ita nec actio ad exhibendum tollit rei vindicationem, quippe illa tantum datur ad rei exhibitionem, hæc ad restitutionem *l. 9. ff. de R. V.* vid. Wissenbach. *disp. jur. civil. 48. n. 3*, Cujac. *lib. 8. observ. 24.* Vincent. Cabot, *disp. jur. lib. 1. c. 30.*

XVII.

Commode huc referri potest Q. An actio negotiorum gestorum elective concurrat cum actione communi dividundo aut familiæ erciscundæ? Quæstionem hanc valde intricatam reddunt varia juris loca, nam *l. 18. §. 1. C. fam. ercisc.* Imperatores Diocletianus & Maximianus rescribunt tanquam de re non ambigua, sumtus in communi hæreditate ab uno bona fide factos, familiæ erciscundæ judicio vel negotiorum gestorum actione servari posse. Et in eandem sententiam Divi Severus & Antoninus, solutum pro cohærede actione negotiorum gestorum vel familiæ erciscundæ posse repeti *l. 3. C. de negot. gest.* Contra vero in *l. 18. §. pen. ff. famil. ercisc.* in eadem specie, datur sola familiæ erciscundæ. Et in *l. 52. §. 1. ff. fam. ercisc.* ubi servus liber & hæres esse jussus cohæredibus suis id, quod apud eum reliquum est ex administratione rationum domini, non alio judicio præstat, quam familiæ erciscundæ. Cui loco iterum obstare videtur *l. pen. vers. earum autem summarum. ff. de R. C.* ubi Africanus JC. negat eo nomine competere cohæredibus servi actionem familiæ erciscundæ, sed ait negotiorum gestorum dari debere. Sic in simili casu ut videtur,

tur, Labeo actionem familiæ erciſcundæ dat *l. 78. §. 2 ff. de contrah.* quo Impp. *in l. 20. C. fam. erciſc.* actionem negotiorum geſtorum dari debere, non familiæ erciſcundæ reſpondent. Ad conciliandas itaque has leges, diſtingvimus: Si heres vel ſocius in re communi negotium individuum geſſit, locus eſt actioni familiæ erciſcundæ, aut communi dividundo, ſi dividuum, actioni negotiorum geſtorum. Individuum autem negotium intelligimus, quod cohæres aut ſocius, non poteſt pro ſua tantum parte gerere. Dividuum, quod pro ſua quisque parte gerere poteſt *l. 6. §. 2. in fin. ff. comm. divid. l. 40. ff. de neg. geſt. l. 25. §. 15. & ſeq. ff. fam. erciſc. l. 78. §. 2. ff. de contrah. emt.* Ratio hujus diſtinctionis eſſe poteſt. Nam cum cohæres vel conſors negotium individuum geſſit, creditur id feciſſe tanquam cohæres aut conſors potius, quam alius quilibet, propterea quod id geſſit, ſine quo partem ſuam recte adminiſtrare non potuit: & ideo hic locus eſt actioni familiæ erciſcundæ aut communi dividundo. Quod ſi non propter partem ſuam cauſam gerendi habuit, ſed cum eam per ſe recte adminiſtrare poſſet, nihilominus totam rem communem adminiſtravit, hoc caſu partem cohæredis aut ſocii ſui adminiſtraſſe intelligitur tanquam amicus & negotiorum geſtor, ratione nimirum contraria: itaque hic actio negotiorum geſtorum duntaxat competit *l. 25. §. 16. ff. famil. erciſc. l. 6. §. 2. ff. comm. divid.* Vid. Vinn. *ſel. jur. q. lib. 1. c. 37.* add. Bronchorſt. *cent. 2. aſſert. 13.*

XVII.

Regula II. Si rei perſecutoriæ ſolæ concurrant ex diverſis cauſis, ſingulis uti permiſſum eſt, quod explicandum eſt in actionibus realibus, non ut quis ſæpius eandem

dem rem possit obtinere, quod fieri jure non potest, sed ut, quod non obtinuit ex priori causa, id obtineat per posteriorem. Igitur interest, an simpliciter quis rem suam petierit, an adjecta causa, si simpliciter, rursus non potest agi *l. 11. §. 1. 4. 5. l. 12. l. 13. l. 14. l. 15. l. 27. ff. de excep. rei jud.* si causa adjecta, licet succubuerit actor, tamen ex alia causa rursus in rem experiri potest *d. l. 11. §. 2. d. l. 14. §. 2.* Opponi posset huic sententiæ, quod dominium non nisi ex una causa sit *l. 159. de R. I. l. 3. §. 4. ff. de acquir. vel amitt. poss.* adeoque & non nisi ex una causa actio in rem poterit proponi. Verum etsi quidem non potest dominium vere ex pluribus causis competere, potest tamen quis putare, ex una causa ad se competere, cum ex altera vere competat. Ideoque nihil impedit, si in specie ex una causa seu titulo quis egerit, ex quo dominium non obtinuit, eundem agere ex causa alia, ex qua sola ipsi vere competit dominium. In actionibus autem in personam, singulas obligationes singulæ causæ sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur *d. l. 14. §. 2. l. 18. ff. de O. & A. l. 159. de R. I.* Adeo ut non tantum post unius rejectionem, altera uti liceat *l. 28. ff. de liberat. leg. l. 93. §. 1. ff. de legat. 3.* Verum etiam post condemnationem ex alterutra, sive ejusdem generis actiones sint *l. 10. ff. de action. emt.* sive diversi *l. 18. ff. de O. & A.* Quin etiam non tantum licet instituere diversas actiones, sed etiam restaurare ac repetere easdem, ob certas causas: ut si justo errore deceptus priorem moverit *l. 13. ff. de instit. action. l. 1. §. fin. ff. quand. de pecul. act. l. 4. §. f. ff quod cum eo qui in alien.* si in priori judicio temporalis fuerit exceptio *d. l. 1. §. fin. l. 15. ff. de O. & A.* vel si generali actione peracta, postea ob rem particularē eadem actione aga-

agatur, qui tamen alienus ab hoc de concurrentibus actionibus tractatus esse videtur. Vid. Jac. Gothofred. *in l. 43. de R. I. in fin.* Limitari autem hoc solet à Dd quod de actionibus in personam dictum est, nempe si ex causa lucrativa rem quis consecutus fuerit, tunc non potest ex alia lucrativa causa peti. Vulgata enim regula juris est, duas lucrativas causas in eundem hominem & eandem rem concurrere non posse, nam contra æquitatem naturalem ac bonam fidem facere videtur, qui petit quod jam habet, & quidem sine suo incommodo aut onere *l. 17. l. 19. ff. de O. & A. l. 83. §. 6. ff de V. O. l. 108. §. 4. ff. de legat. 1. §. 6. J. de legat* vid. Harpprecht. *ad I. §. 6. de legat.* Rittershus. *ad I. eod.* Christoph. Sturc. *ad l. 43. §. fin. de R. I. n. 2.*

XIX.

Regula III. Si actiones mere pœnales plures concurrant ex diversis factis & delictis, omnibus experiri licet. *l. 27. l. 32. § fin. ff. ad L. Aquil. l. 2. pr. §. 1. ff. de priv. delict.* Eandem regulam & Ulpianus *l. 130. de R. I. l. 60. ff. de O. & A.* confirmat: Nunquam actiones præsertim pœnales de eadem re concurrentes alia aliam consumit. Quæ ita accipienda est, si videlicet plures actiones de eadem re concurrentes alterius æstimationis sint, seu duæ sint æstimationes, sic ut altera actio plus aliquid in se contineat, quam priore actione, qua quis superior seu victor evasit, continebatur, remanet enim altera actio, seu reliquo reus condemnatur, alioquin alterutra actor contentus esse debet. Jac Gothofred. *in l. 130. de R. I.* Sic si quis eundem hominem surripuerit, surreptum verberaverit & occiderit, hic actione furti, injuriarum & L. Aquiliæ efficaciter conveniri potest *l. 2. ff. de*

priv.delict.l.27.ff.ad L. Aquil. Item si quis alienam ancillam surripuerit & flagitaverit i. e. stupraverit & ita corrupit, servi corrupti & furti agi potest *d. l.2. §.5.* Similiter si quis eandem rem surripuerit, modo manifesto, modo nec manifesto, actio furti manifesti, non consumit actionem furti nec manifesti *l.21.pr.ff.de furt.* Eodem modo si tutor rem eandem in gerenda tutela abstulerit & surripuerit, duo facta & duæ obligationes intelliguntur esse, & ex utraque actor solidum consequitur *l.1.* §.*21:l.2.§.1.ff.de tutel. & rat. distrah.* Pari ratione, si quis feram bestiam ibi habuerit, qua vulgo iter fit, & nocuerit bestia transeunti, actio ædilitia non tollet actionem de pauperie §. *ult. I.si quadrup. paup. fec. dic.* Idque ob hanc rationem, quod nunquam plura delicta concurrentia faciant, ut ullius impunitas detur, neque enim unum delictum ob aliud minuit pœnam *d. l.2. l.14.§.1.ff. de præscript. verb.* Locum autem habet iste concursus, si nocitum libero homini, quo casu pœna est arbitraria *§.ult.I.si quadrup.pauper.feciss. dic. l.42.ff. de ædilit.edict.* quam licet quis ob delictum, contra prohibitionem edicti, canem in tali loco habendo, commissum, *d.* §.*ult.* actione ædilitia conventus præstiterit: tamen adhuc noxa, seu canis qui pauperiem fecit, actione de pauperie recte petitur. Porro si in aliis rebus damnum datum: quo posteriori casu in duplum condemnat judex reum ex ædilitio edicto *d.l.42.in fin.* adeoque si duplum, quod damni æstimationem & pœnam videtur continere, fuerit quis consecutus: non potest denuo noxa, ejusve in locum succedens damni æstimatio, peti. Sin pœnam solam quis actione ædilitia exegerit, & ista adhuc, uti priori casu dictum, locum habebit. Quando vero

prius

prius actum actione de pauperie: tunc utroque casu locus adhuc erit actioni ædilitiæ, ita ut pœnam ea consequar. Vid. Johan. Bellon. *comm. jur. sentent. lit. A.* Cujac. *lib. 8. obs. 24.* Hotoman. *quæst. illustr. 29.* Franc. Duaren. *tit. de O. & A. c. 7. in fin.* Vinc. Cabot. *disp. jur. l. 1. c. 30.* Donell. *l. 21. c. 3.* Gail. *l. 1, de pace publ. c. 6. num. 7.* Bronchorst. *cent. 4. assert. 35.* Petrus Gudelin. *de jure noviss. l. 3. c. 13. in fin.* Dn. Struv. *Syntag. Jurispr. Exerc. 24. th 15.* Wissenbach. *disp. jur. civil. 48. n. 5.*

XXI.

Regula IV. Si actiones mere pœnales plures concurrant ex uno facto & delicto, itidem omnibus potest agi, sic tamen, ut altera alteram si non in ea plus sit, consumat *l. 32. l. 34. l. 41. §. 1. l. 53. ff. de O. & A. l. 43. §. 1. de R. I.* ut si quid publicanus abstulerit, tenetur ex Edicto de publicanis in duplum & actione furti *l. 1. §. 2. & 4. ff. de public. & vectig.* Si quis rem rapuerit, & furti & vi bonorum raptorum tenetur *l. 1. ff. vi bonor. raptor.* Si servum alienum injuriose verberaverit, ex uno illo facto incidit in actionem L. Aquiliæ & actionem injuriarum *l. 34. in pr. ff. de O. & A.* Si quis furtim arbores ceciderit, tenetur etiam actione L. Aquiliæ & actione arborum furtim cæsarum *l. 1. ff. arb. furt. cæs.* quibus casibus una actione, non omnibus contendendum est *l. 52. ff. de O. & A* nisi forte leviori prius egeris, hoc est, nisi post eam inchoatam quæ minus continet, intendas eam quæ plus continet, quod fieri potest tantum in eo quod plus est. Veluti si prius egeris cum raptore furti nec manifesti in duplum, superest actio de bonis raptis in id quod amplius in ea est. Si vero prius egeris bonorum raptorum, consumitur actio furti nec manifesti. vid. Bronchorst. *cent.*

4. ass.

4. *ass. 74.* Adeoque erunt partes judicis, ut quod plus est in reliqua actione, actori adjudicet *l. 41. §. 1 ff. de O. & A.* in qua lege verba finalia ita legantur: si tantundem aut minus, nihil consequatur, non etiam id consequatur, quia nihil superest, ut recte legit Cujac. *3. observ c. 21.* & pro hac lectione facit. *l. 1. ff. vi bonor. raptor.* Vid. Wissenbach. *disput. jur. civil. 48. n. 5.* Zoes. *ad ff de O. & A. n. 85.* Bocer. *class 3. disp. 2. th. 49. & seqq. add. &* Dd. *sup. th. alleg.*

XXI.

Regula V. Si concurrat actio rei persecutoria cum actione mere pœnali neutra alteram tollit, sed utraque quis recte experitur *l. 7. §. 1. ff. de cond. furtiv. §. fin. I. de oblig. quæ ex del. nasc. l. 45. ff. pro soc. l. 34. § 2. ff. de O. & A. l. 53 §. 3 ff. de furt. l. 29. ff. depos. l. 42. ff. locat.* Sunt enim hæ actiones ex causis diversis, & complectuntur diversas res, adeo ut exceptio rei judicatæ non possit obstare, nec objici æquitas, quæ vetat bis idem exigi. Sic actio furti non tollit condictionem furtivam *l 7. §. 1. de condict furtiv.* nec actionem depositi *l. 29. ff. deposit.* neque locati *l. 42. ff. locat.* neque pro socio *l. 45. ff. pro soc.* Huic sententiæ autem obstare videtur 1. *l. 3. §. fin ff. naut. caup stab.* ubi in concursu actionis de recepto, & actionis furti, alterutra contentum esse oportet actorem. Verum responderi potest 1. Quod regula nostra vera sit, si actiones istæ concurrentes contra eundem competant, in textu vero opposito actio pœnalis datur contra ipsum furem, actio vero rei persecutoria contra exercitorem. Hac igitur electa, ista non competit, sed exercitori furti datur actio adversus furem. 2. Resp. non obtinet regula in actionibus sibi quasi contrariis, seu quarum

alter?

altera alteram sua natura excludit, quales in opposito textu occurrunt. Nam de tali casu agitur, quo si eligam ipsum, qui vere deliquit, convenire non possum exercitorem ex quasi delicto: eo enim ipso quo eligo delinquentem, dominum dimitto, & vice versa. Obst. 2. *l. 71. ff. de furt.* in qua per commodati actionem extingvitur actio furti, & per hanc vicissim actio commodati. Ad quam legem eadem responsio accommodari potest, sunt enim istæ actiones ibi itidem contra diversas personas. Nam qui electâ actione commodati, rem seu ejus æstimationem consequitur à commodatario, non potest deinde contra furem, furti actionem instituere, quia ejus non amplius interest, sed competit commodatario actio furti *l. 1. C. de furt. §. 16. J. de Oblig. quæ ex del. nasc.* Wissenbach. *disp. jur. civil. 48. n. 13.* ad hanc l. resp. quod per furti actionem intelligatur condictio furtiva. Actio enim furti, genus est *l. 14 §. 16. ff. de furt.* cujus species duæ: una ad pœnam duntaxat, quæ generis nomen retinet, altera ad rem, quæ dicitur condictio furtiva, & hac si prius actum sit, actio commodati ipso jure perimitur, quia commodati actioni, cum sit bonæ fidei, inest exceptio doli. Sed si prius actum sit commodati, condictio furtiva, quæ stricta est, non perimitur, nisi posita exceptione doli mali *l. 34. §. 1. ff. de O. & A.* Obst. 3 *l. 2. §. 1. ff. de tut. & ration. distrah.* ubi condictio furtiva tollit actionem de rationibus distrahendis, quæ est pœnalis *l. 1. §. pen. ff. eod.* Verum id speciale videtur esse in actione de rationibus distrahendis, quæ hac lege datur, ut si quid absit pupillo, jam autem nihil abest ei; qui jam condixit rem vel pretium, vid. Dn. Struv. *Syntag. Jurisprud. Exerc. 46. th. 97.* Wissenbach. *d. l. n. 14.*

XXII.

Regula VI. Si actio mixta concurrit cum mere pœnali, non consumitur per hanc quatenus est rei persecutoria, sed quoad pœnam altera alteram consumit, nisi forte in alterutra etiam quoad pœnam sit quid amplius. *l. 1. ff. vi bonor. rapt. l. 14. §. fin. l. 15. ff. quod met. caus. l. 2. §. 3. ff. de priv. delict.* Sic enim actio vi bonorum raptorum consumit condictionem furtivam *d. l. 1. l. 10. §. 1. ff. de cond. furt. §. 1. I. vi bonor. raptor.* quia cum minus sit in actione furti, quam in actione vi bonorum raptorum, actio vi bonorum raptorum illam consumit. Sed si prius egeris condictione furtiva contra raptorem, superest actio vi bonorum raptorum *d. l. 1. ff. vi bonor. raptor. l. 88. ff. de furt.* Similiter actio in factum de calumniatoribus, quæ datur in quadruplum, contra eum qui pecuniam accepit, ut mihi per calumniam litem moveret, condictionem ob turpem causam impedit *l. 5. §. 1. ff. de calum.* Eadem ratione actio quod metus causa rei vindicationem exstingvit *l. 9. §. 6. ff. quod metus caus.* & actio L. Aquiliæ actionem commodati consumit *l. 7. §. 1. l. 18. §. 1. ff. commod.* Dubium facit nobis *l. 34. ff. de O. & A.* ubi actio L. Aquiliæ quæ tamen pro parte est rei persecutoria *§. 19. I. de action.* consumitur per pœnalem actionem injuriarum. Verum Resp. 1. Expresse dicitur in textu, quod illud, quod in altera amplius est, quis possit persequi: si igitur damni æstimatio pluris sit in actione L. Aquiliæ, quam æstimatio injuriæ in actione injuriarum, hæc illam non consumit. 2. Resp. Licet actio L. Aquiliæ respectu actoris sit rei persecutoria: quia tamen respectu rei, qui nihil ex damni illatione lucratur, instar pœnalis se habet, & sæpius æstimatio damni, ad quam

ten-

tendit actio L. Aquiliæ & æstimatio injuriæ, quæ & loco pœnæ in actione injuriarum est, v. g. in servo vulnerato, idem contineat: ideo in quantum idem hæ æstimationes continent, se invicem istæ actiones consumunt. vid Dn. Struv. *Syntag. Jurisprud. Exerc. 46. th. 98.*

XXIII.

Regula VII. Si actio mixta concurrat cum rei persecutoria, non consumitur per hanc quatenus illa est pœnalis, sed quoad simplum seu rem altera alteram consumit *l. 7. §. 1. l. 18. ff. commod. l. 47. l. 50. ff. pro socio. l. 9. ff. arb. furt. cas. l. 43. ff. locat. cond. l. 34. §. fin. ff. de O. & A.* De cujus legis lectione varie disputant Dd. Primum enim verba finalia §. *ult. d. l. 34. sed verius est remanere.* Hortled. *lib. de concurs. act. real. mera ac pœnal. mixt.* & Donell. *l. 21. c. 3.* putant legi debere, *non remanere*, Cujacius vero *3. observ. 25.* & Hotoman. *q. illustr. 29. in fin.* lectionem Florentinam, *verius est remanere*, defendunt, quam sententiam nos quoque amplectimur. Multo minus etiam & verbis finalibus, negativa, *non*, tollenda est, sensus enim est: simplo subducto, locum non habet, scil. in eo simplo, quod per actionem commodati jam quis est consecutus, Aquilia id quod amplius in ea est, consequatur, ne bis idem petatur, sed aliud quod deest, secundum *d. l. 7. in fin. ff. commod.* Urget autem Hortled. *d. l.* verba aliorum jam allegatorum textuum, quibus dicitur, contentum esse debere actorem alterutra actione. Verum ex allatis passim in hac materia textibus facile responderi potest, est enim hæc quasi generalis regula: actiones ad diversa tendentes, se invicem non consumunt, quod cum in simplicibus obtineat, quidni idem in mixtis cum simplicibus concurrentibus obtineret.

Intelligenda itaque verba illa sunt, quod scil. alterutra contentus debeat esse actor, quantum rei persecutionem attinet, ne bis idem petatur, non vero quatenus in altera quid diversum seu plus est. Limitari autem hæc solent in actionibus mixtis arbitrariis *§.31. I. de action.* vid. Dn. Struv. *d. l. thes. 99.* Wissenbach. *disp jur. civ. 48. num. 8.* Zoes. *ad ff. de O. & A. n. 84.* Cujac. *lib. 8. observ. 24.* Hotoman. *d. l.* Jul. Pac. *concil. ll. cent. 4. q 43.*

XXIV.

Actionum mixtarum vix datur concursus, aut si forte inter sese concurrant, consumuntur, quod facile ex supra dictis apparebit.

XXV.

Dictum est de Concursu Electivo & Cumulativo Succedaneo, restat ultimum membrum, nempe concursus Cumulativus Simultaneus, quem definivimus supra *th. 8.* quod sit actionum compatibilium in uno judicio, simul & uno libello conjungendarum coacervata editio, vel ut Bald. *in l. 1. C. de fideicommiss. n. 25.* definit: Cumulatio est plurium actionum sese contingentium eodem libello, vel pluribus, conjunctio. vid. Batt. *in l. 3. C. de edend.* Joh. de Vicomercato *in repetit. l. 3. C. de edend. n. 116.* Philipp. Corneus *ibid. n. 27.* Joh. Franc. Purpuratus *ibid. n. 131. & seq.*

XXVI.

Hinc inquirendum erit: An actiones cumulari possint, s. eadem formula sive libello comprehendi, eodemve judicio agitari? Quod secundum jus Romanum negandum est, quoties enim concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una tantum quis uno libello unoque judicio experiri potest & debet *l. 43. §. 1.*

de

de R. I. l. 53. ff. de O. & A. l. 9. §. 1. ff. de tribut. act. Nec ego crediderim, unquam cumulationem actionum permissam fuisse, sed ex intervallo licitum fuisse actori aliam proponere, cui scil. plus inesset, si primo loco illam proposuisset, qua minus consequi posset, nisi forte incertus sit actor, qua actione experiri debeat *l. 1. §. 4. ff. quod legat.* vid. Jac. Gothofr. *in l. 43. l. 130. de R. I.* Nam aliud est concursus plurium actionum diversarum in eundem libellum coacervatio & in judicium deductio. Ille JCtis veteribus non ignotus fuit. *th. 4. supr. h. disp.* sed maxime propter laxiorem agendi facultatem & potestatem concessus, quo actor suum eo facilius consequi possit, quod fit, quando ipse una ex pluribus actionibus commodiori electa experitur, vel omnes actiones intentare ipsi licitum est. Hic vero plane incognitus, quod etiam apparet ex *l. 6. ff. de excep. rei jud.* ubi singulis controversiis, singulæ actiones sufficiunt, ne aliter modus litium multiplicatus, summam atque inexplicabilem faciat difficultatem. Quapropter & impertinenter satis à Zangero *de except. part. 2. c. 18. n. 1. l. 11. ff. de Jurisd.* allegata est, quasi jure civili plurium actionum adversus unum & eundem competentium, coacervatio approbetur, quia in *d. l.* nulla fit mentio actionum in uno eodemq; libello propositarum, sed tantũ quod plures actiones coram eodem judice eodem tempore, licet in diversis libellis sint institutæ, & hoc modo in *d. l.* coacervatæ dicuntur. Neque *l. 10. ff. de action. emt.* quæ alias opponi solet, obstat, ipse enim textus dicit, unam actionem proponi, licet ex speciali ratione duo commoda contineat, & duas quasi condemnationes. Similiter in *l. 9. C. de accusat.* sunt distinctæ actiones, licet

cet.

ceat judex suspendere debeat sententiam, usque dum utramque causam examinaverit, ne alioquin causæ continentia dividatur *l. 10. C. de judic.* vid. Dn. Struv. *Syntag. Jurisprud. Exerc. 46. th. 100.* Rittersh. *ad Novell. part. 9. c. 12. n. 12.* Borcholt. *de O. & A. c. 4. n. 8.* Usu tamen fori cumulatio actionum si ex diversis causis ad diversa agatur, nec obstent regulæ prohibitivæ cumulationem impedientes admittitur, unde reo excipienti de cumulatione, incumbit onus probandi, isto casu cumulationem à jure esse prohibitam. Gloss. *in l. 3. C. de edend.* Joh. de Vicomercato *in repet. l. 3. C. de edend. n. 119. 147. & seqq.* Philip. Corneus *ibid. n. 35.* Joh. Francisc. Purpurat. *ibid. n. 134. & seqq.* Ludovic. Gozadin. *ibid. n. 22.* Dyn. *in c. nullus pluribus. de R. I. in 6. n. 43* Baptist. à Villalobos *comm. opin. lit. A.* Card. Tusch. *pract. conclus. 1095. lit. c.* Zang. *de except. part. 2. c. 18.* Mynsing. *cent. 1. observ. 25.* Gail. *1. O. 63.* Schneid. *§. si minus. n. 16. I. de action.* Consil. Marpur. JC. *volum. 4. cons. 35. n. 39.* Wesenb. *Consil. 6. n. 42.* Dn. Carpzov. *proc. jur. Tit. 6. A. 1. n. 83.* Joh. Graken. *tract. de conc. & cumul. action. & except. class. 1. c. 15.*

XXVII.

Quæritur itaq; I. An judicium possessorium cum petitorio, sic cumulari & jungi possit, ut utroque simul & eodem tempore experiri liceat? Vexata admodum hæc est quæstio, de qua Dd. semper diversimode senserunt: Prima olim fuit negantium Johannis & Azonis sententia, non posse cumulari, sed prius de possessione, deinde de proprietate cognoscendum *l. 13. C. de R. V. l. 3. C. de interd. l. ult. C. quer. benor.* Secunda fuit sententia Petri, qui omne possessorium concurrere posse cum

ſe cum petitorio affirmavit, & nihil concurſum hunc impedire, excepto ordine judicii, quia nihil commune habet poſſesſio cum proprietate *l. 12. §. 1 ff. de acquir. vel amitt. poſſ.* ubi propterea concurſus permittitur. Et hoc eſt quod dicitur cauſam poſſesſionis & proprietatis apud unum & eundem judicem cognoſcendam *l. 10. C. de judic.* Nos mediam ſententiam Martini antiqui Gloſſatoris ut veriorem eligimus, nempe concurrere ſimul poſſe petitorium & poſſeſſorium & ita etiam cumulari, excepto poſſeſſorio retinendæ *l. 18. §. ult. ff. de vi & vi armat. c. 4. 5. & 6. X. de cauſ. poſſ. & propriet.* Propterea autem excipitur poſſeſſorium retinendæ, quia contineret in ſe repugnantiam. Nam qui utitur hoc poſſeſſorio, affirmat ſe poſſeſſorem *l. 1. §. 4. ff. uti posſid.* qui vero petitorio, videtur poſſesſionem attribuere adverſario, aut ſaltem ei renunciare & in adverſarium transferre, ut ita contraria proponens non ſit audiendus, volens cumulare. Hinc ſcribunt omnes Dd. in *l. edita C. de edend.* cumulari non poſſe plures actiones quæ inter ſe repugnant, & probat *l. 1. C. de furt.* Nec enim Deus vel ipſa natura (ut illi ajunt) efficere poteſt, ut duo contraria ſimul eſſe posſint. Neque etiam ulla fit mentio in dd. cc. retinendæ, ut Zoeſ. *ad ff. t. de interd. n. 10.* colligere videtur, ſed tantum permittitur cumulatio petitorii cum poſſeſſorio adipiſcendæ & recuperandæ poſſesſionis. Et hanc ſententiam ut in praxi receptam, confirmant Dd. Menoch. *de retinend. poſſ. rem. 3. n. 537. & ſeqq. rem. 4. n. 512. & ſeqq.* Card. Tuſch. *pract. concluſ. 1095. n. 7. lit. c.* Cravett. *conſ. 945. n. 6.* Modeſt. Piſtor. *conſ. 30. n. 41.* Weſenbec. *conſ. 6. n. 42. 43.* Zang. *de except. part. 2. c. 18. n. 19.* Mynſ. *cent. 6. O. 93.* Gail. *1. obſerv. 63.*

Borcholt.

Borcholt. *tit. de O. & A. c. 4. n. 6. in fin.* Dn. Carpzov. *proc. jur. T. 6. A. 1. n. 85.* Dn. Ungepaur, p. m. *Exerc. fin. q. 1.* Dn. Hahn *ad Wesenb. de Interd. n. 8.* Objici vero posset *l. 12. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. poss.* ubi possesio cum proprietate nihil commune habet. Verum hæc lex saltem hoc vult, quod natura possesionis à natura seu essentia proprietatis diversa sit, non autem quod petitoria actio cum possessoria cumulari non possit. Adhuc autem obstare videntur *l. 13. C. de rei vind. l. 1. C. de appell. l. 14. C. de agric. & censit. l. 37. ff. de judic.* Sed Responderi potest, judicium possessorium convenienter petitoriam actionem præcedere: nec ideo hanc cumulationem recte impugnari, cum omne quod bene & convenienter fit, non idcirco ita necessario semper fiat. Neque obstat verbum debet aliudve simile *l. 1. C. de appell.* cum & eo non absoluta necessitas, sed quæ ex jam dicta hypothesi est, colligenda sit: scilicet si actor optimo modo possessorio atque etiam petitorio judicio experiri velit. vid. Jacob. Mæstert. *de just. leg. Rom. lib. 2. dub. 38.*

XXIIX.

Quæritur II. An actio personalis & hypothecaria cumulari possit? Quod affirmatur, si contra debitorem principalem vel ejus hæreditatem agatur, & ipsi posside-ant rem hypothecatam per text. *in Auth. de fidejussor. §. sed neque ibi: sive ambabus.* Gail. *2. obs. 26. n. 4.* non vero admittitur contra diversas personas scilicet debitoris & tertii possessoris, Bald. *in l. 14. C. de O. & A.* Ludov. Gozadin. *in repet. l. 3. C. de edend. n. 21.* Cujus rei Dd. varias adducunt rationes. Prima est Castrensis in *l. 3. C. de edend.* qui dicebat, admitti cumulationem personalis &

hypo-

hypothecariæ in *d. §. sed neque*, in hoc ſenſu : ut cumulatio admittatur ſub conditione; non autem ſimpliciter, videlicet ut hypothecaria cenſeatur intentata ſub iſta conditione, ſcil. quatenus actor foveat jus in perſonali, ſicuti dicitur, querelam inofficioſi cumulari poſſe cum repetitione hæreditatis conditionaliter, quatenus ſcil. actor obtinere debeat in querela *l. 20. ff. de inoffic. teſtam.* Secunda eſt Cyni *in c. nullus pluribus de R. I. in 6to.* qui propterea illam cumulationem putat admitti, quia fit uno & eodem tempore, ſi vero ſeparatim una actio poſt aliam intentatur , non admittitur. Tertia eſt Alciati, qui conſideravit iſtam cumulationem perſonalis & hypothecariæ fieri ad diverſas res: nam perſonalis datur adverſus perſonam debitoris quæ obligata eſt, hypothecaria autem ad conſequendas res obligatas, ut ita recte poſſit fieri hæc cumulatio. Quarta eſt Bartoli *in l. 3. C. de edend.* nempe quod ſit ſpeciale in perſonali & hypothecaria, ut admittatur cumulatio, licet abſolutoria lata in una, pariat exceptionem rei judicatæ in altera. Ratio ſpecialitatis videtur eſſe : quia ex illo jure Novell. creditor in eo eſt gravatus, ut non poſſit hypothecaria agere, contra tertium poſſeſſorem , ante factam excuſſionem bonorum principalis debitoris, merito debet in alio relevari, ut contra debitorem poſſit agere ſimul utraque actione, ſcil. perſonali & hypothecaria. Ultima eſt Baldi *part. 1, conſ. 187. n. 7.* quæ magis placet: quia hypothecaria eſt veluti acceſſoria ad perſonalem actionem, quidni ergo admitteretur cumulatio acceſſoria cum principali actione? maxime cum ambæ ad eundem finem conſequendi debiti pertineant , ut ſcil. petatur pronunciari reum conventum mihi ad decem ex cauſa hujus vel alte-

rius contractus teneri, fundumque ejus ob tale debitum loco pignoris obligatum esse, ideoque condemnari eum ad solvenda mihi decem, & interim ad tradendam pignorati fundi possessionem. Nec objici potest communis Doctorum regula cumulationem plurium actionum non esse admittendam, quoties ita se habent, ut absolutoria lata in prima actione pariat exceptionem rei judicatæ in alia, quia hæc ita accipienda est, nisi una actio alteri sub conditione jungatur, si apparuerit, actorem id, quod venit in actionem principalem jure petere, seu si constiterit, actionem, quæ est de re majori & principali, actorem jure intendisse, & ita ex judicato unius alteri non præjudicatur, quam sententiam etiam usus fori confirmat. Vid. Joh. Francis. Purpurat. *in repetit. l.3. C. de edend. n. 170.* Card. Tusch *pract. conclus. 1095. n. 8. lit. C.* Guid. Pap. *dec q. 118.* Cravett. *cons. 16. n. 8.* Franc. Vivius *comm. opin. lit. A.* Zang. *de except. part. 2. c. 18. n. 6. & 21.* Speckhan. *cent. 1. q. 66.* Dn. Carpzov. *proc. jur. T. 6. art. 1. n. 86. & seqq.* Fachin. *lib. 12. controv. c. 2.*

XXIX.

Eodem modo & restitutio in integrum, aliudve remedium rescissorium cum actione nullitatis cumulari potest, modo ex cumulatione illa, nulla contrarietas vel repugnantia resultet *l. 41. ff. famil. ercisc. Ord. Cam. Imp. p. 3. t. 34.* Dn. Carpzov. *d. l. n. 93.* Mynsing. *cent. 2. observ. 25.* Zang. *de except. d. l. n. 20.* Guid. Pap. *dec. q. 143. n. 1.* Imo plurium nullitatum cumulatio admittitur, & sufficit alteram seu unam probare veram Bald. *part. 3. cons. 293.* Card. Tusch. *pract. conclus. 1095. n. 33. lit. C.* Similiter actio ex vendito in decem & certi condictio ex mutuo in viginti, recte in codē libello conjunguntur. Item

rei

rei vindicationis & in integrum restitutionis cumulatio permittitur Mynsing. *d. l.* nec non nullitatis & iniquitatis Mynſ. *c. 4. o. 63.* Idem autor *c. 1. o. 25.* notat, cumulationem actionis injuriarum & L. Aquiliæ in camera admitti, quod ego verum puto, quantum ad hunc effectum, ut quod amplius in altera est, actor consequatur, sicut loquitur *l. 34. ff. de O. & A.* Gail. *2. o. 63. n. 9.* Speckhan. *cent. 1. q. 66.* An autem in eodem judicio sive libello sors cum usuris peti ac cumulari possit, controvertitur? Rationem dubitandi facit, communis sententia: quando duæ actiones sic se habent, quod sententia absolutoria lata in una, pariat exceptionem rei judicatæ in alia, cumulatio permissa non est. Constat autem absolutoriam latam super sorte, parere exceptionem rei judicatæ in usuris, cum hæ sic se habent ad sortem, ut non possint deberi, nisi sors debeatur: ergo petitio sortis & usurarum non erit admittenda. Præterea & hoc certum est, præjudiciales actiones non posse intentari, sunt enim hujus naturæ, quod una scil. magis præjudicialis, faciat silere minus præjudicialem. Sed actio personalis ad sortem & actio personalis ad usuras sunt præjudiciales, cum sententia lata super sorte, faciat præjudicium in usuris *l. 18. ff. de except.* Ergo cum supra dictæ actiones sint præjudiciales, simul intentari & cumulari nequeunt. Alii vero contra censent, sortem cum usuris peti posse, idque per *l. 1. C. de judic.* quam sententiam etiam obtinuisse dicit Mynsing. *cent. 1. o. 57.* nempe quod simul in eodem judicio peti possint, & etiam una sententia terminari debeant: si tamen in eodem libello unum principaliter, alterum accessorie petatur. vid. Johan. Graken. *tract. de concurs. & cumul. action. & except. class. 1. c. 3. n. 5. & seqq.*

& seqq. Et tali casu, quando plures actiones in uno libello cumulantur, judex diligenter ad singulas actiones & ad singula facta attendere debet, quæ actio cuique facto competat, quid, quantumque in qualibet actione probatum sit, nam quot sunt facta, tot sunt actiones & libelli *l. 29. ff. de V. O.* & totidem sententiæ requiruntur. Tot enim sunt sententiæ, quot sunt diversæ species *l. 29. ff. de minor.* quæ quidem sententiæ non diverso, sed uno eodemque tempore proferendæ sunt. Gail. *1. observ. 63. n. 3. & seqq.*

XXX.

Quæritur III. An possit actor in eodem libello cumulare rei vindicationem cum Publiciana? Gravis & anceps hæc est inter Dd. q. & quidem prima facie non videtur posse has actiones simul proponi, quia Publiciana datur non domino, rei autem vindicatio competit vero domino *l. 18. ff. de pignor.* quæ videntur inter se contrarietatem quandam habere. Sed verior est sententia, quod possit utraque actio simul intentari, valetque libellus, quo actor petit declarari fundum ad se pertinere jure dominii vel quasi, quia rei vindicatio & Publiciana non sunt contrariæ actiones, sed diversæ ad eundem finem tendentes, scilicet ad rem vindicandam, secus esset si actiones essent contrariæ, quia tunc libellus non procederet. Eodem modo valet libellus alternativus (peto rem si extat, vel ejus æstimationem si consumta sit) nam ratione incertitudinis alternativa illa libellum non vitiat. Cæterum si certum sit rem adhuc extare, tunc ipsa res, & non ejus æstimatio peti debet: quia æstimatio tantum in subsidium debetur *l. final. C. de fideicommiss. libertat.* Objici solet huic sententiæ, quod contrariæ

actio-

actiones simul non admittantur *l. 43. §. 1. de R. J.* Atqui videntur contrariæ esse actiones, rei vindicatio & Publiciana, quia rei vindicatio datur vero domino, Publiciana vero ei competit, qui rem aliquam à non domino comparavit & nondum usucepit *l. 1. ff. de publ. act.* Verum Publiciana & rei vindicatio non sunt actiones contrariæ, sed potius inter se sunt affines, & altera alterius supplemento perficitur. Sicut enim quasi dominium non est contrarium dominio, sed tam affine directo dominio, ut aliquando dominii loco pene sit *l. 48. ff. de acquir. rer. domin.* ita etiam judicare oportet in duabus hisce actionibus affinitatem esse conjunctissimam, non vero contrarietatem, cum rei vindicatio competat pro dominio, Publiciana vero pro quasi dominio vindicando. Et certe utile est domino cum rei vindicatione conjungere Publicianã, quia difficillima est probatio dominii, cujus probatio necessaria quidem est in rei vindicatione, sed in Publiciana sufficit probare titulum, bonam fidem & possessionem *l. 12. C. de probat.* Impugnari autem hæc sententia adhuc posset, quod libellus incertus vel alternativus non valeat, sed rejici possit ab adversario. Nam actor certam actionis speciem edere debet in libello, ut cognoscere reus possit utrum cedere an contendere debeat *l. 1. ff. de edend. l. 3. C. eod.* At qui proponit rei vindicationem & Publicianam simul, alternativum & incertum libellum offert. Ergo talis petitio non est admittenda. Sed quoties actor ex facto adversarii vel alieno incertus est de jure suo, tunc quia nihil ei potest imputari, admittitur libellus alternativus & non potest rejici ab adversario *l. 1. §. 4. ff. quod legat.* vid. Oldendorp. *clas. 3. act. 3. in aff. remed.* Mynsing. *ad §. 4. I. de*

action. & *cent.4.observ.11.* Gail. *lib.1.observ:62*, Bronchorst. *cent.1.assert.66.* Speckhan. *c.1. q.66.*

XXXI.

Quæritur IV. Utrum actio ad palinodiam seu recantationem cum actione injuriarum civili seu æstimatoria, in uno eodemque libello cumulari, & ab actore peti possit, ut Reus non tantum in einen Wiederruff / sondern auch Klägern die zugefügte Injurien / mit der im Libell gesetzten æstimation zu verbüssen / und ihm solche abzutragen / condemnari debeat? De qua Q. pauca erunt præmittenda, antequam ad ipsius decisionem veniam. Recantatio verborum injuriosorum der Wiederruff / eoque nomine competens actio recantatoria reclamatoria seu ad palinodiam, jure civili plane est incognita, usu tamen obtinuit, & in *Ordin. Cameræ Imper. part. 2. tit. 28.* §. Und sonderlich setzen / &c. est probata, quæ Dd. admodum torsit, ad quam classem, an ad actiones civiles, an vero criminales sit redigenda. Marant. *spec. aur. part. 4. dist. 1. n. 17.* putavit actionem ad palinodiam esse mere criminalem, sed tum actione injuriarum criminaliter institutæ jungi non potest, ne reus duabus pœnis afficiatur. Plerique eam civilem indigitant, nam etsi petatur reclamatio injuriæ, tamen non potest dici, quod ad aliquam pœnam agatur fisco applicandam, quod in criminali omnino est necessarium *§. 10. l. de injur.* Quæ sententia etiam in Camera Imperiali recepta est, nam sæpius ibi recipiuntur libelli injuriarum, ad reclamationem concludentes, qui recipi & admitti non possent, si criminale judicium esset, cum vigore ordinationis, nulla causa criminalis (excepta condictione ex constitutione pacis publicæ) ibi agitari possit aut debeat,

 Ne-

Neque nobis obstat, quod nonnulli hanc ideo criminalem censent, quia infamat, nam & depositi & mandati & de dolo & aliæ quamplurimæ actiones infamant, neque tamen eas propterea criminales esse dixerimus. vid. Dn. Hahn. *ad Wesenb. de priv. delict. n. 4. in fin. de injur. & fam. libell. n. 18.* Mynsing. *cent. 2. observ. 98.* Gail. *1. o. 65.* Bachov. *ad Treutl. vol. 2. disp. 30. thes. fin. lit. A.* Bronchorst. *part. ult. cent. 2. ass. 58.* Hisce ita præmissis affirmativam sententiam amplector, idque propterea. 1. Actionum cumulatio regulariter concessa & permissa est. Gloss. & Dd *in l. 3. C. de edend. add. th. 26. supr. in fin.* 2. Quia actio æstimatoria & ad palinodiam, non ad idem sed ad diversa tendant: æstimatoria actio ad vindictam & pœnam Prosp. Farinac. *part. 3. de var. ac divers. crimin. q. 105. inspect. 2. n 27.* recantatoria vero non ad pœnam, sed ad famæ solummodo & honoris restitutionem Wesenb. *part. 6. cons. 251. n. 76.* Hinc actiones injuriarum & Legis Aquiliæ, cum ad diversa intentantur, in eodem libello possunt cumulari supr. *th. 29.* 3. Sic contra vasallum dominum feudi atroci injuria verbali afficientem, non saltem ad privationis feudi pœnam, sed & ad palinodiam recte agitur, & quidem ita, ut competens ad injuriæ revocationem actio, cum ea, qua ad privationis feudi pœnam agitur, in uno eodemque libello possit institui ac cumulari Lud. Schrad. *de feud. part. 2. part. 9. sect. 6. n. 51.* 4. Quia actio mere rei persecutoria & mere pœnalis se invicem non tollant, ac proinde recte cumulantur, ut patet ex *th. 21.* Jam vero actio injuriarum æstimatoria est mere pœnalis, cum tendat ad vindictam & pœnam, recantatoria autem mere rei persecutoria est, cum ea non agatur ad pœnam, sed tantum ad famæ &

ho-

honoris restitutionem. 5. Quia cum criminali actio recantatoria accessorie recte proponitur & cumulatur in eodem libello Nic. Reusn. *lib. 2. cons. 20. n. 26. vers. praeterea*. Dn. Hahn. *ad Wesenb. tit. de injur. n. 18.* Si igitur actionem recantatoriam cum criminali majus praejudicium inferente cumulare licitum, multo magis eam licebit conjungere cum actione civili, quoniam judicium criminale semper majus reputatur judicio civili *l. fin. C. de Ordin. judic.* Imo 6. *in Const. Electoral. 42* expresse sancitur, quod reus injuriarum actione pulsus, non solum ad palinodiam, sed etiam pro circumstantiarum qualitate ad exsolvendam poenam pecuniariam condemnari debeat, ibi: Dem beschwereten und injuriirten Theil / nach Befindung der Unschuld einen öffentlichen Wiederruff für Gerichte zu thun schuldig seyn sol/darüber und darneben sol auch solcher muthwilliger Schänder und Injuriante/wilkührlich mit einer hohen Geldbusse gestraffet werden. Cum igitur vocabulum Geldbusse/generaliter hic sit positum, sine ulla restrictione, proinde tam de poena pecuniaria, quae parti laesae, quam quae fisco seu judici applicatur, accipi potest. Inprimis vero verbum, Geldbusse/Saxonum de jure communiter ac proprie illa pecuniaria poena venit, quae parti adjudicatur. Hinc Wette/ quod Saxonis est mulctare, inde Gewette/mulcta, & Busse/ quod accipi solet de emenda pecuniaria ita distingvi solet, ut fisco seu judici mulcta die Wette/parti vero emenda die Busse/ detur. vid. Besold. *thes. pract. in voce* Buß *&* Wette. Wehner. *observ. pract. voc.* Büssen. 7. Quia cumulationem admittens opinio est communis, à qua non facile est recedendum, sed ea in dubio retinenda, unde secun-

cundum communes opiniones tenentur judices pronunciare, ne dum sequantur singulares, litem suam faciant. Francisc. Turzan. *comm. opinion. pag. 396.* Joh. Sichard. *ad Auth. Sacramenta puberum. C. si advers. vendit, n. 18.* Communem autem opinionem esse, cumulationem æstimatoriæ & ad palinodiam admittentem, testantur Gail. *l. 1. q. 65. n. 5.* Mynsing. *c. 2. o. 98.* Speckhan. *cent. 1. q. 66. n. 5.* Harpprecht. *ad* §. *10. I. de injur. n. 70.* & quamplurimi alii Dd. Et secundum hanc communem opinionem Facultas Juridica in Academia Lipsiensi anno 1617. pronunciavit, ibi: Seyd ihr wider N. H. S. Eheweib vor der Stadtgerichten zu N. wegen etzlicher von ihr ausgegossenen Injurien klagbar worden / und habt in euren übergebenen Klaglibell auff einen Widerruff und gewisse æstimation der angegebenen Injurien euer Absehen gehabt / und also dieselbe cumuliret und zugleich gebeten/es wil aber euer Gegentheil diese cumulation nicht zulassen. Ob nun wohl vorgewendet wird/daß die actio recantatoria criminal sey/ und gleichsam zweyerley Straffe durch den Wiederruff und auch die Geldbusse von euch/ als Klägern gefordert wird/und dahero die cumulatio nicht statt finden könne. Demnach aber und dieweil/nach bewehrter Rechtslehrer Meinunge/die actio revocatoria nicht für peinlich/sondern bürgerlich zu achten / die cumulatio revocationis und æstimationis injuriarum weder in gemeinen Rechten / noch in Churfürstl. Sächsischer Constitution verboten/auch eine action die ander nicht auffhebet/sondern bey einander wohl cumuliret werden können/und diversos fines haben: So ist demnach euer Klaglibell zu Recht kräfftig / und mag dahero

dasselbe von Beklagten mit Bestande nicht angefochten werden. Iisdem pene verbis Facultas Juridica in Academia Wittebergensi anno 1634. pronunciavit, quæ huc brevitatis causa apponere supersedeo. Refert & Dn. Hahn. *ad Wesenb. t. de injur. & fam. libell. n. 18.* in Academia Julia etiam suo tempore ita pronunciatum fuisse. vid. Dn. Carpzov. *p. 4. c. 42. d. ult. n. 32. & seqq.* Schnobel. *disp. 24. ad ff. th. 10.*

XXXII.

Quæritur V. An in uno eodemque libello actio ex *L. diffamari C. de ingen. manum.* cum actione injuriarum cumulari possit? Quod affirmandum esset ex sententia Ulpiani, Marcelli & Neratii, nempe de pluribus injuriis non esse separatim agendum, sed omnes conjungendas & uno libello proponendas *l. 7. §. 5. ff. de injur. & famos. libell.* Et quoties incertum est, quæ actio potius teneat, duas actiones dictare solemus, cum protestatione ex altera nos velle consequi, quod nos contingit *l. 1. §. 4. ff. quod legat.* Sic diffamatus, qui certo scire non potest, quasnam causas suæ diffamationis diffamator habeat, ideoque utramque actionem ex *l. diffamari* & injuriarum proponit, cum petitione, ut nisi diffamationem probet, diffamator legitima pœna puniatur. Verum *d. l. 7. §. 5.* loquitur quidem de pluribus injuriis, sed ad eundem finem tendentibus. Actio autem injuriarum & condictio ex L. diffamari tendunt ad diversa, illa enim hunc finem sibi propositum habet, ut injurians vel ad certam pecuniæ æstimationem sibi vel fisco inferendam, vel injuriæ illatæ revocatione condemnetur, vel utroque modo conjunctim injuriato satisfiat, hæc vero eo tendit, ut diffamati certus terminus præfigatur ad a-

gen-

gendum, & si non agat, ut perpetuum silentium ei imponatur *d. l. diffamari C. de ingen. manum.* Neque etiam in hoc casu applicari potest *l. 1. §. 4. quod legat.* nam tum demum duas actiones proponere licet, quando incertum est, quænam actio competat *d. l. 1. §. 4.* hic vero incertum non est, quomodo quis agere debeat. Constat enim ad diffamationem pertinere processum l. diffamari, ad injurias, actionem injuriarum, & utrobique certa est petitio. Nec sequitur, diffamatus ignorat, quasnam causas diffamator suæ diffamationis habeat, ergo utramque actionem conjungere potest, non enim propter causas diffamationis locum habet condictio *l. diffamari,* sed sufficit diffamationem summarie probasse. Verior itaque erit negativa sententia: nam ex harum actionum cumulatione sæpius oriretur confusio jurisdictionum contra *l. 4. C. de jurisd. omn. judic.* præsertim, si ambo, diffamator & diffamatus uni eidemque foro non subsunt. In Processu enim l. diffamari, diffamans in foro diffamati respondere tenetur Gail. *1. o. 9.* In actione autem injuriarum, coram competente judice tanquam reus injurians conveniri debet. Neque per rerum naturam quis simul personam actoris & rei sustinere potest *l. 124. ff. de V. S.* dum enim compellit diffamatus diffamatorem suum ad agendum, sub pœna perpetui silentii, fieri non potest, ut simul diffamatus actione injuriarum vices actoris agat, sibi enim ipsi contradiceret, simulque & actoris & rei partes sustineret, quo nihil absurdius. Vid. Dn. Carpzov. *p. 4. c. 42. d. 15. Proc. jur. t. 20. a. 2. n. 27. & seqq.* Finckelth. *obser. 55.*

XXXIII.

Quæritur VI. An actio civilis cum criminali pos-

fit cumulari? Quod negatur, quando utraque actio civilis scil. & criminalis adversus unam eandémque personam ex eadem causa intenditur *l. 4. ff. de publ. jud.* & licet ille textus loquatur, quando pendente judicio civili, actor vult intentare judicium criminale: tamen conclusio secundum Dd. indistincte procedit, sive ab initio intentetur simul in eodem libello, sive jam coepto & pendente judicio civili prius intentato, velit deinde actor ex eadem causa, intentare judicium criminale. Et hoc quoties actor duo illa remedia aeque principaliter in eodem libello vult cumulare. Major enim & dignior est causa criminalis quam civilis, & ubi una causa est major altera, non possunt duae actiones simul cumulari, per ea quae tradunt Dd. *ad l. 3. C. de edend.* sed peracto criminali judicio, civilis actio moveri poterit *l. ult. C. de ordin. jud.* Affirmatur autem quoties actor judicium criminale principaliter intentat, & deinde incidenter petit etiam rem ablatam sibi restitui, tunc enim cumulatio recte admittitur. Sic si cui res surrepta est, accuso furem criminaliter, & peto eum puniri, nec non etiam incidenter imploro officium judicis, ut rem ablatam mihi restituat *l. 56. §. 1. ff. de furt.* vel etiam contra principaliter potest agere ad restitutionem rei ablatae, & simul incidenter poenam judicis arbitrio infligendam committere. Vid. Prosper. Farinac. *prax. criminal. part. 3. q. 100. c. 3. n. 148. & seqq.* Menoch. *de retin. poss. rem. 3. n. 552.* Cravett. *consil. 14. n. 1. & cons. 58. n. 2.* Marant. *specul. aur. part. 4. dist. 13 n. 6.* Jul. Clar. *lib. 5. §. fin. quaest. 2. n. 1. & 2.* Gail. *lib. 1 obs. 60. n. 5.* Fachin. *l. 9. controv. c. 2.* Perez. *ad Cod. lib. 9. t. 31. n. 4.*

XXXIV.

Non aliena prorsus etiam ac hac materia est Quæstio num absoluto judicio civili, contra aliquem intentato, possit postea actor intentare contra eundem accusationem criminalem ex eadem causa, vel è contra absoluto judicio criminali, intentare actionem civilem? Cujus quæstionis responsio est in promtu; si enim actio civilis & criminalis tendunt ad diversa, tunc potest agi altera via, non obstante quod prius actum sit una. Sin vero tendunt ad eundem finem, tunc una intentata altera tollitur, & ita intelligenda *l. unic. C. quand. civil. act. crimin. prajud.* Sic quando criminalis datur ad vindictam tam civilis quam criminalis, tunc una intentata, altera tollitur. Ita non obstat *l. 7. §. 1. ff. de injur.* ubi dicitur, pro injuria illata civiliter & criminaliter agi non posse, sed una actione intentata alteram consumi, quia utraque actio competit ad vindictam, ideoque una intentata altera consumitur, iniquum enim est eandem rem bis in judicium deduci. Aliud est, quando civilis actio persequitur rem familiarem, tunc enim civili judicio intentato non consumitur criminale; & è contra. Multo minus sententiam nostrā evertit *l. 4. ff. de publ jud.* ubi instituto privato judicio de aliquo crimine, præjudicium fieri dicitur judicio publico. Nam instituto judicio privato de crimine, non præjudicetur publico, ita ut amplius agi non possit; sed in probatione delicti judicium privatum ante finitum, juvabit aut urgebit reum in executione criminis publici. Præjudicium enim hic significat argumentum & exemplum, quod sequantur judices in criminali judicio. Sensus itaque *d. l. 4.* est: quod instituto prius judicio privato, præjudicium fit publico,

F 3 hoc

hoc est ex civili judicio prius finito, sumitur exemplum, quod judices in criminali judicio sequantur. vid. Jul. Clar. *d. l.* Marant. *spec. aur. d. l. n. 9.* Bronchorst. *cent. 4. ass. 67.*

XXXV.

Hactenus de actionibus quæ cumulari possunt; jam adhuc reliquum est ut paucis tradamus regulas cumulationem impedientes, & quænam actiones cumulari non possint. Igitur Primo non recte conceditur cumulatio, si actiones quidem & res sint diversæ, at causa petendi eadem, ita ut absolutoria in prima actione, productura sit exceptionem rei judicatæ in altera? Ut si actione furti ad duplum vel quadruplum adversus te agere velim, & simul in eodem libello condictionem furtivam proponere, recte mihi objicitur exceptio ineptæ cumulationis, quæ opponi debet antequam lis super cumulatis actionibus contestetur, est enim hæc exceptio regulariter dilatoria. Aliud exemplum elegans est in *l. 16. ff. de except.* casus hujus l. talis est: controversiam tibi moveo de proprietate fundi Titiani quem tu possides, & simul ago confessoria, dicens per tuum fundum Sempronianum, de quo controversia non est, viam mihi deberi in Titianum, hic mihi objici potest exceptio quoad viæ petitionem, non enim servitutem fundo petere possum, nisi sim fundi dominus *l. 1. ff. si serv. vind.* ergo non aliter viam mihi deberi probaturus sum, quam prius probaverim fundum Titianum meum esse. Ita etiam si fundi, quem ego communem, tu proprium esse tuum dicis, partem vindico, & simul volo agere communi dividundo ad partiendum fundum, exceptio mihi obstabit, quia prius de proprietate fundi quam divisione, & prius in

rem

rem, quam communi dividundo agi oportet *l. 18. in pr. ff. de except.* Eadem ratione hæreditatis petitio & familiæ erciſcundæ judicium ſimul cumulari non poſſunt *l. 1. ff. fam. erciſc.* Similiter ſi fundum vindicem quaſi meum proprium, quem tu poſſides, & ſimul condicam fructus, quaſi ex fundo iſto meo, ſine cauſa perceptos, condicenti obſtabit exceptio præjudicialis, qua prius cogar de proprietate docere, quam fructus condicere *d. l. 18. in fin.* Limitari autem ſolet hæc regula, niſi una actio alteri ſub conditione jungatur, ſi apparuerit, actorem id, quod venit in actionem principalem, jure petere, ſeu, ſi conſtiterit, actionem quæ eſt de re majori & principali, actorem jure intendiſſe. Veluti, ſi quis acturus ſimul furti & condictione furtiva, dicat: Cajus furtum mihi fecit, itaque peto, ut ſi apparuerit, rem ita ſe habere, & duplum rei, quam ſurripuit, & rem ipſam mihi præſtare condemnetur. Sic ſi ita ſcribatur in libello, in quo juncta eſt actioni leviori alia, quæ plus continet, veluti, actioni commodati actio L. Aquiliæ, vel actioni pro ſocio actio communi dividundo, vel actione furti actio vi bonorum raptorum, vel actioni injuriarum actio L. Aquiliæ, vel actioni civili actio criminalis, ad diverſa tendens, ſi docuerit actor, ſe recte agere actione leviore, ut ſimul in id, quod eſt amplius in alia actione, reus condemnetur, exceptio ineptæ cumulationis non obſtabit *l. unic. C. quando civ. act. crim. præjud.* Maranta *ſpec. aur. part. 4. diſt. 1. n. 28.* Mynſing. *c. 1. o. 25.* Gail. *lib. 1. o. 60. n. 5. & o. 63. n. 9.* Qui ergo caute agere vult, cumulet ejusmodi actiones conditionaliter, quamvis tamen negare non poſſim, libellum, in quo dictæ actiones ſimpliciter coacervatæ ſunt, absque dicta conditione ſuſtineri

poſſe,

posse, & ita explicari debere, quasi sub conditione hæ actiones junctæ essent, si modo libello adjecta fuerit clausula, omni meliori modo, vel super quibus omnibus & eorum singulis peto mihi jus & justitiam administrari. Hæc enim salvat libellum ab omni ineptitudine, Anton. Gabriel. Rom. *lib. 6. comm. conclus. 1. de clausulis concl. 4. n. 23.* Illa operatur, ut libellus explicetur eo modo, quo favorabilius est actori libellanti ; quin vero utilius sit actori, ut dicatur, omnem actionem ab eo institutam esse, & sic eam etiam, quæ plus continet, aut qua accessiones petuntur, non dubitatur. vid. Joh. de Vicomercato *in repet. l. 3. C. de edend. n. 120.* Philip. Corn. *ibid. num. 31.* Joh. Francis. Purpurat. *ibid. n. 155.* Joh. Coras. *miscell. Jur. lib. 2. c. 5.* Petr. Frid. Mindan. *de contin. caus. lib. 3. c. 10. n. 25.* Zang. *de except. part. 2. c. 18. num. 5. & seqq.* Speckhan. *cent. 1. q. 66.* Joh. Graken. *tract. de concurs. & cumul. act. & except. class. 1. c. 11.*

XXXVI.

Secundo non admittitur cumulatio, cum plures actiones sic se habent, ut una electa, altera tollatur *l. 9. §. 1. ff. de trib. action.* quales sunt actio de dolo & actio quod metus causa, quia utraque est rei persecutoria, hæ enim actiones ne quidem sub conditione cumulari queunt, quoniam altera per alteram consumitur *l. 14. §. 13. ff. quod met. caus.* Sic rei legatæ nomine competunt legatario actio personalis ex testamentis, actio hypothecaria & vindicatio, si propriam rem testator legavit. Verum his omnibus actionibus legatarius simul uti non potest, sed harum una duntaxat contentus esse debet, unde & hoc casu cumulatio prohibita est *l. 76. §. pen. ff. de legat. 2.* Qnod si una actio alia n non consumat, uti fit

in

in actionibus pœnalibus, recte sub conditione has actiones cumulari existimo *arg. l. 130. de R. I.* Philipp. Decius *ad h. l.* Quæ regula non tantum procedit, cum electio actionum datur, sed etiam cum actiones sibi invicem sunt contrariæ, quod est contra formam libelli, Dyn. *in c. nullus pluribus de R. I. in 6. n. 21.* Exemplum est in *l. 1. C. de furt.* in qua l. Impp. Severus & Antoninus rescribunt, actione furti, condictione furtiva & mandati dominum simul agere non posse, sed eligere debere, utrum actione furti, an mandati judicio experiri velit: quoniam bona fides non patitur, ut dominus & pœnam furti, & pecuniam, quam Titius expendit, & prædia emta consequatur. Etenim omnibus illis actionibus agens, sibi ipsi contrarius est. Nam agendo furti & condictione furtiva, dominus improbat, quod à servis & Titio gestum est: agendo mandati, factum eorundem ratum habet & probat. Sic & petitio hæreditatis & interdictum quod legatorum, inepte cumulantur, qui enim agit petitione hæreditatis, is fatetur adversarium hæreditatem, aut rem hæreditariam vel pro hærede, vel pro possessore possidere *l. 9. ff. de petit. hæred.* qui interdicto quorum legatorum experitur, is affirmat, adversarium rem, de qua agitur, non pro possessore aut hærede, sed pro legato possidere. Idem est, si quærela inofficiosi testamenti, & falsi testamenti accusatio cumulentur *l. 14. C. de inoff. testam.* qui enim testamentum inofficiosum esse dicit, is fatetur, testamentum factum esse: qui falsum esse dicit testamentum, reipsa intendit, defunctum nullum testamentum fecisse *l. 221. ff. de V. S.* Hinc est, ut quis non possit simul testamentum dicere non jure perfectum, vel irritum, vel ruptum & inofficiosum *l. 8. §. 12. ff.*

de inoff. testam. l. 16. C. eod. Zang. *de except. part. 2. c. 18. n. 10. & seqq.* Nec illa duo judicia rescindens & rescissorium, quæ à nonnullis Dd. perperam fingi solent in uno & eodem libello possunt intentari, quia sunt plane peregrina & priscis JCtis ignota. Cui errori speciem qualem qualem præbuit *l. 35. ff. de O. & A. & §. 5. I. de action.* Verum loca ista non sic intelligenda sunt, quasi duplici judicio hæc res expediatur & decretum aliquod antecedat, quo Prætor rescindat usucapionem, ac tum demum hanc actionem det, qua petatur res restitui: sed ideo dicitur rescissa usucapione hæc actio dari, quia Prætor eam concedendo vi ipsa simul usucapionem rescindit, dum permittit veteri domino sic agere, ut petat rem sibi à possessore restitui, perinde ac si nulla usucapio intervenisset. Rescissio itaque usucapionis, in ipsa datione actionis consistit, & Prætor dicitur restituere, cum actionem rescissoriam petenti concedit *l. 2. §. 1. ff. de cap. demin. l. 6. §. 1. ff. de bonor. poss. l. 19. in fin. ff. de inoff. testam. l. 8. §. pen. ff. eod.* Vid. Dn. Ungepaur. p. m. *Exerc. 14. q. 7.* Dn. Strauch. *Exerc 3. ad 50. decis. n. 23. & seqq.* Schnobel. *disp. 4. ad ff. th. 5.* Vinn. *select. jur. quæst. l. 1. c. 10.* Joh. Graken. *tract. de concurs. & cumul. act. & except. class. 1. c. 25. n. 2.*

XXXVII.

Actiones autem sibi invicem contrariæ possunt esse dupliciter: primo prout sunt contrariæ exercitio, sunt tamen compatibiles origine ut est in casu *d. l. 1. C. de furt.* & sic electione tolluntur; Secundo quando non solum exercitio, sed etiam origine sunt contrariæ, & hoc casu consideratis actionibus, non potest esse locus cumulationi, ratio est, quia hoc casu non potest dici, quod

actio-

actiones, quæ sunt contrariæ origine electione tollantur, quia in actiones origine contrarias, non cadit electio, electio enim est inter plura *l. 25. ff. quando dies leg. ced.* Sed quando actiones sunt contrariæ invicem ratione originis, non potest dici, quod hic sit aliqua electio, quia hoc casu unica tantum actio oritur. vid. Joh. de Vicomercato. *in repetit. l 3. C. de edend. n. 123.* Joh. Francis. Purpurat. *ibid. n. 103.* add. Card. Tusch. *pract. concl. 1095. lit. C.* Petr. Frid. Mindan. *de contin. caus. lib. 3. c. 10. n. 3. & seqq.* Pract. Johan. Petri de Ferrar. *in form. libell. act. reul. verb. salvo jure addendi pag. 65. n. 9. & seqq.* Schneid, *§. si minus. n. 10. & seqq. I. de action.* Dn. Carpzov. *proc. jur. t. 6. a. 1. n. 80. & seqq.*

XXXIIX.

Solent etiam Dd. dictis illis regulis & hanc addere: quando plurium actionum intentandarum una est major altera, quia eo casu ratione majoritatis, non admittit secum alias actiones, & per consequens cumulatio non est permissa *l. fin. C. de ordin. judic. l. 54. ff. de judic.* quod quatuor modis fieri potest. 1. ratione authoritatis: sic tu agis mecum de domo, quam dicis ad te pertinere ratione legati, cum alius pendente judicio, movit mihi quæstionem totius hæreditatis, dicens, quod illa hæreditas ad ipsum pertineat, & hoc casu ratione authoritatis prima causa mota ex legato tamdiu suspenditur, donec sit cognitum de majori, hoc est de tota hæreditate *l. 7. ff. de petit. hered. l. fin. C. eod.* 2. dici potest quod una causa sit major, ratione præjudicialitatis (ut ita loquar) utputa si ego te accuso de aliquo crimine, & tu excipis me esse servum, prius de statu ipsius accusantis, quam de ipsa accusatione cognoscitur, quia si verum esset, præjudicaretur

accusationi *l. 26. C. ad L. Jul. de adulter.* 3. dici potest, quod una causa major sit ratione majoris præjudicii, ut tu agis mecum in causa libertatis, asserens me tuum esse servum, alius comparet in judicio, contendens me ei debere centum, actio illa de pecunia removetur & agitur prius de liberali causa, quia est majoris præjudicii *l. 24. ff. de liberal. caus.* 4. Una causa major est altera ratione pœnæ: sic ego ago contra te ad fundum vel ad decem, tu me reconvenis criminaliter, nam quia in crimine pœna inferenda, supersedetur in prima causa, & agitur in ipsa causa reconventionis, donec de ea sit cognitum, eo quia est pœnalis, ideo tanquam major trahit ad se minorem causam *l. fin. C. de ordin. judic.* vid. Joh. de Vicomercat. *in repetit. l. 3. C. de edend. n. 125.* Atque hæc de Concursu Actionum pro nostro instituto & ratione temporis dixisse sufficiant. Sit itaque S. D. G. erratis venia.

Πάρεργα.

I.

Male notatur Ulpianus à quibusdam, quasi *in l. 3. §. ult. ff. de Decurion.* Christianorum religionem Judaicam superstitionem vocaret, & *in l. 1. §. 3. ff. de extraordin. cognition.* Christianos impostores esse dixerit.

II.

Leges Romanæ non opinione, sed certa ratione nituntur; nec apud Romanos, ex errore communi jura aliqua nata sunt.

III.

Jus Romanum publica authoritate Imperatoria receptum, habet adhuc vim legis in Germania.

IV.

Tormentorum usus, jure Romano receptus, justissimus est.

V.

Datur ratio dubitandi *l. 6, ff. de his qui sunt sui vel alien jur.* scil. an marito per decennium absente & reverso, anniculum domi reperiente, hic infans, ipsius filius habendus sit.

VI.

Carcer de Jure Civili pœna non est.

VII.

Testamentum inter liberos imperfectum servari debet, etiamsi non solum solennia desint, sed voluntas quoque imperfecta sit.

IIX.

Absurda est eorum opinio, qui statuunt, quod ex sententia Justiniani, secundum *l. 45. C. de Episcop. & Cler.* & *Novell. 83. c. 1.* in determinandis causis, primo juris Canonici, deinde Civilis ratio haberi debeat.

IX.

Recte etiam ab interlocutoria sententia appellari potest.

X.

In pretio emtionis, naturaliter licet contrahentibus se circumvenire.

XI.

Convicianti non licet iterum conviciari.

XII.

Liberi non solum nati, sed etiam posthumi seu nascituri exhæredari possunt.

XIII.

Jure Divino, Naturali & Civili fœminæ sunt Regni capaces.

Sol



Hol denn der am Saalen-strande
Welt-berühmte Zynthius/
Findt hier im Ober-Lande
mehr als treuer Genius/
Euch mein Freund mit Nectar träncken
Und Eur Lob der Nachwelt schencken;
War die an der Elmen Spitzen
auch berühmte Musen-schaar/
Da die Kastalinnen sitzen
und das fromme Pareen Paar/
nicht genug den Preis zu geben
Euch gebührt der Lorbeer-Reben;
Ja; Sie kont' und wolt Euch setzen
in den längst-verdienten Stand/
Dem kein Titels gleich zu schätzen/
hat Euch würdig gnug erkandt
Euer Häupt mit Ruhm zu kräntzen/
noch fast in der Jugend Lentzen.
War doch die so auserkohren
vormahls Mars der grosse Held/
Die aus Jovis Hirn gebohren
in die Kugel-runde Welt/
stets bereit auch dort zu reichen
was Ihr selbst Euch könt vergleichen;
Daß auch Rumor sich geschwungen
fast schon an der Musen Schloß/
rühmend wies Euch sey gelungen
daß ihr auff dem Flügel-Roß

wolt

wolt in dem die Palmam langen
und zum grossen Lohn empfangen.

Doch hier solt' ihr Ampt verrichten
Thespia ans Himmels Saal/
Euren Ruhm vorher zu tichten/
gieng drauff an das Sternen-Thal/
wolt Prometheus Thier nicht leiden.
zwang es diese Welt zu meiden;

Wil itzt bald hinunter gehen
nach der schwartzen Unter-Welt:
blieb nur noch mit anzusehen
wie Euch Thetis Bund gefält/
Als sie Pindum wolt' ersteigen
umb der Musen Ruhm zu beugen.

Grosser Freund so hört nu willig
wie der Saalen Musen-schaar
saget/Euch gebühre billich
daß das edle Götter-Paar
der Latonæ Krantz hergebe/
und Eur Nahme ewig lebe.

Weil des Helikonis Spitzen
längst erreicht Eur grosser Fleiß/
Euer lang und stetes Sitzen/
offt vergoßner saurer Schweiß/
eine Zierde Eurer Jugend/
als ein Zeugniß wahrer Tugend;

Denn Ihr habt den Weg erstiegen.
der Euch leitet Himmel-an/
von der Thetis anzufliegen.
an die zwey-gestirnte Bahn/
Da Eur Lob wird ewig leben.
und Euch Tychen Gunst umbgeben.

Drumb

Drumb Frau Fama sitzt zu Wagen
führ't Euch zu Trebonian
wil Eur Lob den Sternen sagen
dort wo sitzet Ulpian/
Daß Eur Nahme nicht kan sterben
Eur Lob keine Zeit verderben.
Ich der Euch zu Dienst' verbunden
wünsche daß die neue Ehr
Euch vergrößre alle Stunden
sich vermehre mehr und mehr/
Daß Euch nichts als Glück begegne/
Eur Thun ewig Gott besegne.
Müsset Nestors Jahr erreichen/
mehr als in vergnügter Zeit/
Eur Ruhm sey nicht zu vergleichen/
als nur mit der Ewigkeit/
Die Eur Lob nicht kan verschweigen/
biß der Himmel sich wird beugen.

Hiermit hat dem Herrn Doctorando, als seinem hochgeehrten Freunde und Gönner/ auch gewesenen Herrn Tischbursen zu Helmstädt zu contestirunge unüberheblicher Schuldigkeit in Eile auffwarten wollen

Stats Victor von Mandelsloh.

F I N I S.

